



de Rechtspraak
Gerechtshof Den Haag

10 DEC 2014

AANGETEKENDE

Loyens & Loeff N.V.
tav de heer prof.dr. R.N.G. van der Paardt
Postbus 2888
3000 CW Rotterdam

Team Belastingrecht

bezoekadres
Paleis van Justitie
Prins Clauslaan 60
2595 AJ Den Haag
Correspondentieadres
Postbus 20021, 2500 EA
Den Haag

t (070) 381 31 13
f (070) 381 39 51
www.rechtspraak.nl

datum 9 december 2014
onderdeel SK
doorkiesnummer BK/SK-SGR 11/00508
ons kenmerk BK/SK-SGR 11/00508
uw kenmerk
beroep van Fiscale eenheid Robeco Nederland, Robeco Institutional Asset Management B.V. c.s. te Rotterdam
nr. aanslag/beschikking 8032.81.468.B.01
betreffende Voldoening op aangifte Omzetbelasting 01-07-2009 t/m 31-07-2009
Bijlage Afschrift schriftelijke uitspraak
onderwerp Toezending schriftelijke uitspraak

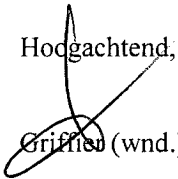
Bij beantwoording de datum en ons kenmerk vermelden. Wilt u slechts één zaak in uw brief behandelen.
De griffie is open op werkdagen van 08.00 uur - 17.00 uur

In de bovenvermelde zaak zend ik u hierbij een afschrift van de schriftelijke uitspraak.

Aan het slot van de uitspraak staat vermeld wat u kunt doen indien u het niet eens bent met de uitspraak.

Indien u niet alle stukken aantreft, verzoek ik u contact op te nemen met de griffie van de belastingkamer van het Gerechtshof.

Hodgachtend,


Griffier (wnd.)

uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Team Belastingrecht
meervoudige kamer
nummer BK-11/00508

Uitspraak van 5 december 2014

in het geding tussen:

de fiscale eenheid Robeco Nederland, Robeco Institutional Asset Management B.V. c.s.
te Rotterdam, belanghebbende,
en
de directeur van de Belastingdienst Amsterdam, de Inspecteur,

op het hoger beroep van belanghebbende tegen de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 8 juli 2011, nummer AWB 09/8541 OB.

Voldoening op aangifte, bezwaar en beroep

- 1.1. Belanghebbende heeft over het tijdvak van juli 2009 € 510.423 aan omzetbelasting op aangifte voldaan. Voor een bedrag van € 157.297 heeft zij bezwaar gemaakt tegen de voldoening.
- 1.2. Bij uitspraak op bezwaar heeft de Inspecteur de voldoening op aangifte gehandhaafd.
- 1.3. Tegen de uitspraak van de Inspecteur heeft belanghebbende beroep ingesteld bij de rechtbank. Een griffierecht van € 297 is geheven.
- 1.4. De rechtbank heeft het beroep ongegrond verklaard.

Hoger beroep

- 2.1. Belanghebbende is van de uitspraak van de rechtbank in hoger beroep gekomen bij het Hof. Een griffierecht van € 454 is geheven.
- 2.2. De Inspecteur heeft een verweerschrift ingediend.
- 2.3. Mede in verband met het bij het Hof van Justitie van de Europese Unie aanhangig zijn van de procedure "ATP PensionService A/S", op de uitkomst waarvan, te weten HvJ EU 13 maart 2014, C-464/12, BNB 2014/207, partijen hebben gereageerd, belanghebbende bij brief van 23 juni 2014 en de Inspecteur bij brief van 22 augustus 2014, heeft de mondelinge behandeling van de zaak eerst plaatsgehad ter zitting van het Hof van 17 oktober 2014 in Den Haag. Partijen zijn verschenen.

Feiten

3.1. PfZW (Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn) is het bedrijfstakpensioenfonds van het personeel dat werkzaam is en was in de sector zorg en welzijn. De werknemers zijn ingevolge de arbeidsovereenkomst verplicht deel te nemen in het fonds.

3.2. Overeenkomstig het statutaire doel beschermt PfZW werknemers, gewezen werknemers en hun nagelaten betrekkingen tegen de geldelijke gevolgen van ouderdom, invaliditeit en overlijden. Sprake is van een uitkeringsovereenkomst, inhoudende de verkrijging door een deelnemer van aanspraak op een pensioen. PfZW realiseert dat door geldelijke bijdragen van de werkgevers te innen, die gelden te beleggen en te beheren en daaruit uitkeringen toe te kennen bij ouderdom, invaliditeit en overlijden, een en ander overeenkomstig de bij het pensioenreglement te stellen regels. Bij de premievaststelling wordt rekening gehouden met het langlevensrisico.

3.3. PfZW voert de pensioenregeling uit die de organisaties van werkgevers en werknemers in de bedrijfstak zorg en welzijn zijn overeengekomen in het kader van het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg. De van een werkgever geïnde pensioenpremies komen voor een deel ten laste van de werknemer en voor een deel ten laste van de werkgever, maar alleen de werknemer heeft een voor- of nadeel bij een verbetering of versobering van de pensioenuitkering. In een geval van onderdekking wordt een (extra) premieopslag van maximaal 2,5 percent bij wijze van herstell premie aan de werkgever berekend. Pas nadat hiertoe is besloten, kan een vermindering van de pensioenaanspraken en pensioenrechten plaatsvinden. In tijden dat de beleggingsinkomsten boven verwachting zijn, komen de revenuen ten goede van PfZW en niet rechtstreeks van de afzonderlijke begunstigden naar rato van hun deelneming.

3.4. In het uitvoeringsreglement van PfZW is de omvang van de te storten premies bepaald. Wanneer het met de beleggingen goed gaat, kan de premie worden gematigd. De dekkingsgraad is bepalend voor de ruimte ingegane pensioenen en andere opgebouwde rechten te indexeren. Bestaande pensioenen kunnen niet worden afgekocht. Mogelijk is dat opgebouwd pensioen bij verandering van werkkring onder strikte voorwaarden wordt meegenomen naar een ander pensioenfonds. Overdracht vindt dan rechtstreeks, dat wil zeggen zonder dat de waarde het vermogen van de betrokkene passeert, plaats van een bedrag dat naar een actuariële waarde is contant gemaakt.

3.5. PfZW en PGGM Vermogensbeheer B.V. (Vermogensbeheer) vormen voor de omzetbelasting een fiscale eenheid. PfZW heeft door middel van Vermogensbeheer een deel van haar activiteiten met betrekking tot vermogensbeheer uitbesteed aan belanghebbende. Daartoe is op 27 november 2006 tussen PfZW, toen nog PGGM geheten, en belanghebbende een Investment Management Agreement gesloten. Daarin zijn partijen overeengekomen dat belanghebbende verantwoordelijk is voor het beheer van het aan haar door PfZW (voorheen PGGM) toegewezen vermogen.

3.6. De activiteiten van belanghebbende bestaan in het tegen vergoeding beheren en beleggen van het aan haar ter beschikking gestelde vermogen. Zij is ondernemer voor de omzetbelasting.

De rechtbank

4. De rechtbank heeft overwogen:

(...)

4.1 Ingevolge artikel 11, eerste lid, onderdeel i, ten derde, van de Wet is onder bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen voorwaarden van omzetbelasting vrijgesteld het beheer van door beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen ter collectieve belegging bijeengebrachte vermogens.

4.2 Genoemd artikel 11 is de implementatie van de artikelen 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn respectievelijk artikel 135, eerste lid, sub g, van de op 1 januari 2007 in werking getreden BTW-richtlijn, in welke artikelen is bepaald dat de lidstaten vrijstelling van omzetbelasting verlenen voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, zoals omschreven door de lidstaten.

4.3 Ingevolge genoemde richtlijnbevestigingen is het aan de lidstaten overgelaten het begrip beleggingsfondsen nader in te vullen. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG) heeft in de arresten van 4 mei 2006, C-169/04, Abbey National II (LJN: AY:8189) en 28 juni 2007, C-363/05, JP Morgan (LJN: BB1812) enkele grenzen aangegeven waarbinnen die invulling gestalte dient te krijgen.

4.4 In Abbey National II heeft het HvJ EG - voor zover hier van belang - overwogen dat de richtlijngever een BTW-vrijstelling voor verrichtingen in verband met het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen in de Zesde richtlijn heeft opgenomen met het doel om met name voor kleine beleggers het beleggen in effecten via beleggingsinstellingen mogelijk te maken. Op deze wijze is beoogd te garanderen dat het gemeenschappelijke BTW-stelsel fiscaal neutraal is met betrekking tot de keuze tussen rechtstreeks beleggen in effecten en beleggen via gemeenschappelijke beleggingsfondsen. De handelingen waarvoor deze vrijstelling geldt, zijn dan ook de handelingen die specifiek zijn voor de activiteit van gemeenschappelijke beleggingsfondsen.

4.5 In JP Morgan heeft het HvJ EG het hiervoor in Abbey National II overwogene voor recht verklaard. Het HvJ EG heeft beslist dat artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het de lidstaten een beoordelingsvrijheid toekent bij het definiëren van de fondsen binnen hun rechtsgebied die ten behoeve van de vrijstelling in deze bepaling onder het begrip "gemeenschappelijke beleggingsfondsen" vallen. Bij de uitoefening van deze vrijheid moeten de lidstaten echter het door deze bepaling nagestreefde doel eerbiedigen, dat erin bestaat beleggers het beleggen in effecten via beleggingsinstellingen te vergemakkelijken, en tegelijkertijd acht slaan op het beginsel van fiscale neutraliteit vanuit het oogpunt van de heffing van btw over het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen die concurreren met andere gemeenschappelijke beleggingsfondsen, zoals fondsen die vallen onder de werkingssfeer van de richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), zoals gewijzigd bij richtlijn 2005/1/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2005.

4.6 Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 11, eerste lid, onderdeel i, ten derde, van de Wet blijkt dat de nationale wetgever voor de formulering van de vrijstelling voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsinstellingen als bedoeld in voornoemde richtlijnbevestigingen aansluiting heeft gezocht bij de terminologie van de Wet toezicht beleggingsinstellingen, thans de Wet op het financieel toezicht. In de Memorie van Toelichting (Tweede Kamer, vergaderjaar 1989-1990, 21 607, nr. 3, blz. 3-4) zijn de definities van beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen woordelijk uit artikel 1 van de Wet toezicht beleggingsinstellingen overgenomen. Dit artikel - voor zover hier van belang - luidt: "In deze wet en de

daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

- a. beleggingsmaatschappij: de rechtspersoon die gelden of andere goederen ter collectieve belegging vraagt of heeft verkregen teneinde de deelnemers in de opbrengst van de beleggingen te doen delen;
- b. beleggingsfonds: een niet in een rechtspersoon als bedoeld onder a ondergebracht vermogen waarin ter collectieve belegging gevraagde of verkregen gelden of andere goederen zijn of worden opgenomen teneinde de deelnemers in de opbrengst van de beleggingen te doen delen;
- c. beleggingsinstelling: beleggingsmaatschappij of beleggingsfonds."

4.7 Naar het oordeel van de rechtbank is de invulling die de wetgever heeft gegeven aan deze vrijstelling in overeenstemming met de door het HvJ EG verwoorde strekking van het gemeenschapsrecht op dit punt. [Belanghebbende] komt dan ook slechts in aanmerking voor de vrijstelling indien het pensioenfonds kan worden aangemerkt als een beleggingsinstelling in de hiervoor onder 4.6 omschreven zin. Dat dit betekent dat de activiteiten van [belanghebbende] als vermogensbeheerder afhankelijk van de aard van het te beheren vermogen wel of niet onder de vrijstelling vallen, maakt niet dat de fiscale neutraliteit wordt geschonden. Deze afhankelijkstelling geldt immers voor alle vermogensbeheerders. Dit zou slechts anders zijn als met de nationale regeling in strijd wordt gehandeld met de doelstelling als verwoord in JP Morgan. Daarvan is in het voorliggende geval geen sprake.

4.8 Dat de richtlijnbeeping mogelijk gewijzigd wordt, met als gevolg dat pensioenfondsen wel de vrijstelling van omzetbelasting verkrijgen, doet aan het vorenstaande niet af, nu dat immers (nog) geen geldend recht is. Niet aannemelijk is geworden dat bedoelde richtlijnwijziging slechts een verduidelijking behelst van de reeds bestaande toepassing van de richtlijn-vrijstelling. Het dient eerder - naar ook [de Inspecteur] heeft betoogd - ervoor te worden gehouden dat de uit 1977 stammende definitie van de richtlijn-vrijstelling gezien de huidige economische realiteit en het grote en toenemende aantal verschillende bancaire producten en verzekeringsproducten deels is achterhaald.

4.9 Naar het oordeel van de rechtbank is het hier in geding zijnde pensioenfonds geen beleggingsinstelling in de hiervoor onder 4.6 omschreven zin, reeds op de grond dat de doelstelling van een pensioenfonds verschilt van die van een beleggingsinstelling. Het doel van een pensioenfonds is garanderen dat de deelnemers na hun pensionering een (liefst toereikend) pensioen ontvangen. Daartoe wordt het geld bijeen gebracht. Vervolgens dient het pensioenfonds deze gelden zo verstandig mogelijk te beheren zodat er zo veel mogelijk geld beschikbaar is om uiteindelijk de pensioenen uit te betalen. Dat een pensioenfonds er voor kiest (een deel van) de gelden te beleggen is naar het oordeel van de rechtbank veeleer een gevolg van haar doelstelling. Deelnemers in een pensioenfonds zijn voorts niet evenredig gerechtigd tot de opbrengst van de beleggingen of tot het totale vermogen van het pensioenfonds, zij hebben slechts het recht op een pensioenuitkering te zijner tijd. Verder hebben pensioengerechtigden geen enkele zeggenschap over het ten behoeve van hen belegde vermogen bij een pensioenfonds als het onderhavige en hebben zij niet de keuze om al dan niet via een beleggingsfonds te beleggen, in tegenstelling tot beleggers die deelnemen in een beleggingsfonds of beleggingsmaatschappij. In het onderhavige geval is dit niet anders.

4.10 Gezien hetgeen hiervoor is overwogen, is de rechtbank van oordeel dat de hier in geding zijnde prestaties niet kunnen worden gerangschikt onder de vrijstelling van artikel 11, eerste lid, onderdeel i, ten derde, van de Wet.

4.11 Met haar verwijzing naar de behandeling van de premiepensioeninstellingen (ppi's) doet [belanghebbende] een beroep op het gelijkheidsbeginsel. De rechtbank overweegt dat dit beroep faalt. Van gelijke gevallen is geen sprake reeds op de grond dat anders dan bij [belanghebbende] bij een ppi geen sprake is van verzekering van risico's, als gevolg waarvan bij

een ppi geen herstelplannen gelden en er geen technische voorzieningen behoeven te worden aangehouden (zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 31 891, nr. 3, blz. 4).

4.12 Het vorenstaande leidt de rechtbank tot de conclusie dat in het onderhavige geval de vrijstelling van artikel 11, eerste lid, onderdeel i, ten derde, van de Wet, respectievelijk artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Richtlijn, niet van toepassing is.

4.13 Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, dient het beroep ongegrond te worden verklaard.

(...)

De rechtbank ziet geen aanleiding voor een proceskostenveroordeling.

(...)

Geschil en standpunten

5.1. In hoger beroep is, net als voor de rechtbank, in geschil of de door belanghebbende verrichte activiteiten van beheer delen in de vrijstelling van artikel 11, eerste lid, aanhef en onderdeel i, aanhef en ten derde, van de Wet op de omzetbelasting 1968. Partijen houdt in het bijzonder het antwoord op de vraag verdeeld of PfZW kwalificeert als een gemeenschappelijk beleggingsfonds in de zin van het aan die bepaling ten grondslag liggende artikel 135, eerste lid, aanhef en onderdeel g, van de BTW-richtlijn, welke vraag belanghebbende bevestigend en de Inspecteur ontkennend beantwoordt.

5.2. Voor de standpunten van partijen verwijst het Hof naar de gedingstukken.

Beoordeling

6.1. De rechtbank heeft naar 's Hofs oordeel met juistheid beslist dat het beroep van belanghebbende op toepassing van de in geding zijnde vrijstelling faalt, daar PfZW niet kwalificeert als een instelling, te weten een gemeenschappelijk beleggingsfonds, in hier bedoelde zin.

6.2. Bij de beoordeling van de voorliggende vraag, te weten of PfZW is te karakteriseren als een gemeenschappelijk beleggingsfonds, stelt het Hof voorop: (1) dat dit begrip niet autonoom Unierechtelijk is bepaald, maar door de lidstaten moet worden gedefinieerd met eerbiediging van de door de Uniewetgever voor de vrijstelling gebruikte termen, (2) dat die definitieering - naar tussen partijen ook niet in geschil is - in de Nederlandse wetgeving op correcte wijze heeft plaatsgehad, (3) dat het doel van de vrijstelling is het beleggen in effecten via beleggingsinstellingen voor beleggers te vergemakkelijken door de btw-kosten uit te sluiten en aldus te zorgen dat het Unierechtelijk btw-stelsel fiscaal neutraal uitpakt, ongeacht de keuze voor rechtstreeks beleggen in effecten of beleggen via gemeenschappelijke beleggingsfondsen, (4) dat ondernemers die dezelfde handelingen verrichten, voor de heffing van omzetbelasting niet verschillend worden behandeld, (5) dat met partijen is vast te stellen dat PfZW geen instelling is voor collectieve belegging in effecten (icbe) in de zin van richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985, zoals gewijzigd bij richtlijn 2005/1/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2005, en (6) dat van PfZW, gelet ook op de voorhanden zijnde gegevens, evenmin kan worden gezegd dat het dezelfde kenmerken als een icbe vertoont en dezelfde handelingen verricht of op zijn minst zodanig vergelijkbaar is dat het met dergelijke instellingen concurreert.

6.3. Tegen de achtergrond van die uitgangspunten overweegt het Hof verder dat PfZW niet opereert met het uitsluitende doel de collectieve belegging in effecten en/of in bepaalde andere liquide financiële activa van uit het publiek aangetrokken kapitaal, met toepassing van het beginsel van risicospreiding. Niet kan worden gezegd dat de rechten van deelneming op verzoek van de houders ten laste van de activa van deze instellingen direct of indirect worden ingekocht of terugbetaald. Weliswaar is PfZW een instelling waarin een groot aantal beleggingen is samengevoegd en gespreid over verschillende waardepapieren, die doeltreffend worden beheerd met het oog op een optimaal resultaat en waarin de individueel belegde bedragen betrekkelijk klein zijn, en beheert dit fonds, zo nodig met behulp van buitenstaanders als belanghebbende, de beleggingen in eigen naam en voor eigen rekening, maar niet kan worden gezegd dat elke deelnemer, te weten de pensioengerechtigde, zelf de beleggingsproducten van het fonds bezit. Gelet op de voorhanden zijnde gegevens, in het bijzonder de regeling omtrent de storting van mogelijk verschuldigde herstellpremies, de afhankelijkheid van de deelnemers van derden omtrent de wettelijke vaststelling van de dekkingsgraad voor indexering van en het op niveau houden van de uitkering, het beperkt mogelijk zijn het aandeel bij uittreding, bijvoorbeeld wanneer door een deelnemer van werkring wordt veranderd, mee te nemen en het fors beperkt zijn van het recht op uitkering in geval van (voortijdig) overlijden, kan niet worden gesproken van begunstigden in de zin dat hun risico bij deelneming enkel afhankelijk is van en wordt gespreid over een aantal beleggingen. Een deelnemer in PfZW heeft aldus een (in de tijd) begrensd recht op een pensioenuitkering en daarmee niet een vast recht op een deel van het vermogen. In het perspectief van dat alles, waaruit ook blijkt dat het verzekeringselement in de verplichtingen die PfZW heeft ten overstaan van de deelnemers vooropstaat en de beleggingsresultaten in feite het doel dienen de verzekeringsuitkeringen mogelijk te maken, moet het ervoor worden gehouden dat het karakter van een instelling als PfZW wezenlijk anders is dan dat van een (gemeenschappelijk) beleggingsfonds.

6.4. Dat brengt mee dat PfZW niet als gemeenschappelijk beleggingsfonds onder de vrijstellingsbepaling valt.

6.5. Het Hof komt tot de slotsom, nu ook overigens geen aanleiding bestaat op de prestaties van belanghebbende een vrijstelling toe te passen, dat het hoger beroep van belanghebbende ongegrond is.

Proceskosten

Het Hof ziet geen reden een partij te veroordelen in de proceskosten.

Beslissing

Het Gerechtshof bevestigt de uitspraak van de rechtbank.

De uitspraak is vastgesteld door mrs. U.E. Tromp, J.T. Sanders en W.A.P. Nieuwenhuizen, in tegenwoordigheid van de griffier mr. L. van den Bogerd. De beslissing is op 5 december 2014 in het openbaar uitgesproken.

aangetekend aan
partijen verzonden:

09 DEC 2014

Zowel de belanghebbende als het daartoe bevoegde bestuursorgaan kan binnen zes weken na de verzenddatum van deze uitspraak beroep in cassatie instellen bij de Hoge Raad der Nederlanden. Daarbij moet het volgende in acht worden genomen:

- 1. Bij het beroepschrift wordt een kopie van deze uitspraak gevoegd.*
- 2. Het beroepschrift wordt ondertekend en bevat ten minste:*
 - de naam en het adres van de indiener;*
 - de dagtekening;*
 - de vermelding van de uitspraak waartegen het beroep in cassatie is gericht;*
 - de gronden van het beroep in cassatie.*

Het beroepschrift moet worden gezonden aan de Hoge Raad der Nederlanden (belastingkamer), Postbus 20.303, 2500 EH Den Haag.

De partij die beroep in cassatie instelt is griffierecht verschuldigd en zal daarover bericht ontvangen van de griffier van de Hoge Raad. In het cassatieberoepschrift kan worden verzocht de wederpartij te veroordelen in de proceskosten.